

FÓRUM DE CONTRATAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA - ano 14 - n. 167 - nov. 2015

ano 14 - n. 167 | PUBLICAÇÃO MENSAL
Novembro - 2015 | ISSN 1676-5826

FCGP

FÓRUM DE CONTRATAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA

CONTRATAÇÃO DIRETA
ALIENAÇÃO
DISPENSA
INEXIGIBILIDADE

CONTRATOS

CONTROLE INTERNO E EXTERNO

CONVÊNIOS

GESTÃO DE CONTRATOS

LICITAÇÃO
CONCORRÊNCIA
CONCURSO
CONVITE
LEILÃO
PREGÃO
SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS
TOMADA DE PREÇOS

ORÇAMENTO E FINANÇAS

PARCERIAS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

RESPONSABILIDADE FISCAL

TERCEIRIZAÇÃO

EDITORA Fórum

Nesta edição

EDITORA Fórum

ano 14 - n. 167 | novembro - 2015
Belo Horizonte | p. 1-149 | ISSN 1676-5826
Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP

Fórum de Contratação e Gestão Pública



Sumário

DOUTRINA
ARTIGOS

CONSULTAS – TRIBUNAIS DE CONTAS

EMENTÁRIO

TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

LEGISLAÇÃO COMENTADA

LEGISLAÇÃO

ano 14 - n. 167 | novembro - 2015
Belo Horizonte | p. 1-149 | ISSN 1676-5826
Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP

Fórum de Contratação e Gestão Pública



FÓRUM DE CONTRATAÇÃO E GESTÃO PÚBLICA – FCGP



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil / Distribuído em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Os acórdãos estampados na íntegra correspondem às cópias obtidas junto aos respectivos tribunais ou se originam de publicações de seus julgados.

F745 Fórum de Contratação e Gestão Pública : FCGP. – ano 1, n. 1, (jan. 2002)- . – Belo Horizonte : Fórum, 2002-

Mensal
ISSN 1676-5826

1. Direito administrativo. I. Fórum

CDD: 341.3
CDU: 342.9

Este periódico está catalogado em:
• RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
• Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Pesquisa jurídica: Ézio Lacerda Júnior – OAB/GO 37488
Ana Paula de Almeida Queiroz
Darlan Amorim de Abreu
Responsável pela orientação prática personalizada: Antônio Flávio de Oliveira
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Nossas orientações práticas personalizadas não pretendem adotar uma posição exclusiva de determinado autor. Toda orientação fornecida deve ser tomada como tal, ou seja, fruto de estudos, pesquisas legais, doutrinadas e jurisprudenciais naquele momento, levando-se ainda em conta a exatidão de dados, objeto e elementos fornecidos pelo consulente.

Expediente

Conselho Editorial

Expediente

Colaboradores

Adilson Abreu Dallari
Adriana Tavares Pereira Pires
Adriano de Oliveira Othon
Adriano de Sousa Maltarollo
Agnaldo Nogueira Gomes
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho
Alex Vasconcellos Prisco
Alexandre Agra Belmonte
Alexandre Gomes
Alexandre Wagner Nester
Aline Guimarães Diógenes
Aline Lícia Klein
Álvaro Luiz Miranda Costa Júnior
Alzemeri Martins Ribeiro de Britto
Amauri Feres Saad
Ana Carla Bliacheriene
Ana Carolina C. Hohmann
Ana Carolina de Almeida Tannuri Laferté
Ana Carolina Freitas Matos
Ana Cláudia Carriello Basílio Pereira
Ana Lucia Ikenaga
Ana Luiza Chalusnhak
Ana Luiza Queiroz
Ana Paula Pellegrinello
Ana Paula Tomaselli Baade Kuboyama
Anderson Máximo de Holanda
Anderson Rubens de Oliveira Couto
André Castro Carvalho
André Jansen do Nascimento
André Luís da Silva Gomes
André Luís Vieira
André Luiz Cordeiro Cavalcanti
André Luiz dos Santos Nakamura
André Luiz Freire
Andréa Rodrigues de Oliveira Munhoz
Angela Cassia Costaldello
Angélica Guimarães
Angélica Moreira Dresch da Silveira
Antonieta Pereira Vieira
Antonio Augusto Junho Anastasia
Antônio Carlos Cintra do Amaral
Antônio Domingos Teixeira Bedran
Antônio Flávio de Oliveira
Antônio Rodrigues de Freitas Jr.
Antonio Sergio Baptista
Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar
Armando Miranda Filho
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Augusto Neves Dal Pozzo
Augusto Sherman Cavalcanti
Bárbara Bianca Sena
Beatriz Dixon Moreira Alves
Beatriz Monzillo de Almeida
Benedicto Porto Neto
Benjamin Zymler
Bernardo Alves Moraes de Souza
Bernardo Strobel Guimarães
Bianca Duarte T. Lobato
Bruno Mattos e Silva
Bruno Moraes Faria Monteiro Belem
Bruno Oliveira da Silva Ferreira
Bruno Santos Cunha
Bruno Vianna Espírito Santo
Caio de Souza Loureiro
Caio Tácito (*in memoriam*)
Camila Maia Pyramo Costa
Carlos Alberto dos Santos Silva
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Eduardo Araujo de Assis
Carlos Eduardo Bergamini Cunha
Carlos Henrique Chagas da Silva
Carlos Maurício Figueiredo
Carlos Pinto Coelho Motta (*in memoriam*)
Carlos Valder do Nascimento
Carmem Lúcia de Barros Petersen
Carolina Antunes
Carolina Lages Echeverria
Caroline Bastos Dantas
Cássio Cavalcante Andrade
Cesar Augusto Del Sasso
Cesar A. Guimarães Pereira
Cesar Pereira
Christiano de Oliveira Taveira
Christianne de Carvalho Stroppa
Ciro di Benatti Galvão
Clarissa Pacheco Ramos
Cláudio Girardi
Cláudio Grande Júnior
Cláudio Sarian Altounian
Clayton Ribeiro de Souza
Cléia Juçara Airoldi
Cleucio Santos Nunes
Cristiana Fortini
Cristiane de Souza Reginatto
Cristiane Schwanka
Cynthia de Fátima Dardes
Cynthia Póvoa de Aragão
Daiana Cristina Sebenello
Dalton Santos Morais
Daniel Ferreira
Daniel Stein
Daniel Wunder Hachem
Daniela Mello Coelho Haikal
David de Oliveira Lima Rocha
Dayse Coelho de Almeida
Delano Carneiro da Cunha Câmara
Denise Hollanda Costa Lima
Denis Moreira Monassa Martins
Diana Brandão Maia Mendes de Sousa
Diego Prandino Alves
Dilermando Gomes de Alencar
Diogenes Gasparini (*in memoriam*)
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Diogo Ribeiro Ferreira
Edgar Guimarães
Edison Franklin Almeida
Eduardo Amin Menezes Hassan
Eduardo de Seixas Scozziero
Eduardo Fortunato Bim
Eduardo Gonçalves dos Santos Alves
Eliana Maria Lapenda de Moraes Guerra
Ellen Gracie
Elton Celestino Kuhn
Emerson Pereira Alves
Erivaldo Pereira de Paula
Evandro Martins Guerra
Fabiana Duarte Almeida
Fabiano de Figueirêdo Araujo
Fábio Mauro de Medeiros
Fabrício M. Motta
Fabrício Souza Duarte
Fabrício Vieira dos Santos
Fagner Vilas Boas Souza
Fátima Fernandes Rodrigues de Souza
Federico Nunes de Matos
Felipe Ansaloni
Felipe Alexandre Santa Anna Mucci Daniel
Filipe Regne Mamede
Fernanda Alves Andrade
Fernanda Andrade
Fernanda Babini
Fernanda Biachi
Fernando José Gonçalves Acunha
Fernando Rissoli Lobo Filho
Fernando Vernalha Guimarães
Fernão Justen de Oliveira
Flavia Daniel Vianna
Flávio Amaral Garcia
Flavio Augusto de Castro Barboza
Flavio C. de Toledo Jr.
Flávio de Araújo Willeman
Flávio Sátiro Fernandes
Floriano de Azevedo Marques Neto
Florivaldo Dutra de Araújo
Francis Christian Alves Bicca
Francisco Augusto Zardo Guedes
Francisco de Salles Almeida Mafra Filho
Francisco Giusepe Donato Martins
Frederico Costa Miguel
Frederico Garcia Pinheiro
Gabriel Campos
Gélzio Viana Filho
Georges Louis Hage Humbert
Gilberto Pinto Monteiro Diniz
Gina Copola
Gisele Hatschbach Bittencourt
Guilherme Carvalho e Sousa
Guilherme F. Dias Reisdorfer
Guilherme Henrique de La Rocque Almeida
Guilherme Jardim Jurksaitis
Guilherme Marcarenhas Gonçalves
Gustavo Alexandre Magalhães
Gustavo Binenbojm
Gustavo Cauduro Hermes
Gustavo Coelho Deschamps
Gustavo Gomes Machado
Gustavo H. Justino de Oliveira
Gustavo Henrique Campos dos Santos
Gustavo Massa
Gustavo Terra Elias
Gustavo Valadares
Helen Louize Lima Marques
Helio Saul Mileski
Henrique Barros Pereira Ramos
Henrique Bastos Rocha
Hidemberg Alves da Frota
Horácio Augusto Mendes de Sousa
Iara Alves de Paiva Lima
Inaldo da Paixão Santos Araújo
Isabel Luiza Rafael Machado dos Santos
Ítalo Mitre Alves de Lima
Iúlian Miranda
Ivan Barbosa Rigolin
Ives Gandra da Silva Martins
Jacintho Arruda Câmara
Jacob Arnaldo Campos Farache
Jadilson da Silva Maciel
Jair Eduardo Santana
Jansen Amadeu do Carmo Madeira
Jaques Fernando Reolon
Jerônimo Souto Leiria
Jessé Torres Pereira Junior
João de Deus Pereira Filho
João Paulo Ferreira
João Paulo Silveira
Joaquim Furtado de Sousa
Joel de Menezes Niebuhr
Jônathas Assunção Salvador Nery de Castro
Jordana Morais Azevedo
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
José Alfredo de O. Baracho (*in memoriam*)
José Anacleto Abduch Santos
José Armando da Costa
José de Ribamar Caldas Furtado
José dos Santos Carvalho Filho
José Maria Pinheiro Madeira
José Luis Ribeiro Brazuna
José Paulo Dorneles Japur
José Police Neto
José Luiz Levy
José Roberto Tiossi Junior
Josevan Duarte Magalhães
Josiane Vidal Vimieiro
Juliana Bonacorsi de Palma
Juliana de Almeida Picinin
Juliana Helena Takaoka Bernardino
Juliano Barbosa de Araújo
Juliano Heinen
Karina Amorim Sampaio Costa
Karine Lílian de Sousa Costa Machado
Karine Lyra Correa
Kayan Reis
Kiyoshi Harada
Kleber Luiz Zanchim
Laone Lago
Larissa Rodrigues Laks
Laureano Canabarro Dios
Leandro Savastano Valadares
Leonardo Ayres Santiago
Leonardo Lopes Garcia
Leonardo Porto Carvalho
Leonardo Rodarte de Almeida e Silva
Licurgo Mourão



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Fabrício Motta
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Coordenação Científica

Sumário

DOUTRINA

ARTIGOS

ORIENTAÇÕES PRÁTICAS EM GESTÃO PÚBLICA

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

CONSULTAS – TRIBUNAIS DE CONTAS

EMENTÁRIO

TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

LEGISLAÇÃO COMENTADA

LEGISLAÇÃO

Produtos e sistemas de interesse da defesa nacional: a contratação pública no direito estrangeiro

André Jansen do Nascimento

Assessor Militar do Gabinete do Ministro da Defesa. Mestre em Direito. Mestre em Operações Militares. MBA executivo pela *University of Miami School of Business*. Professor de Pós-Graduação no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Resumo: O tema defesa nacional e suas contratações públicas tem se tornado objeto de estudos acadêmicos em maior escala, em razão da publicação da Política e da Estratégia Nacional de Defesa em 2013, que traz em seu bojo o incremento da Base Industrial de Defesa (BID), por intermédio das aquisições no setor. Não obstante o despertar do interesse, ainda pode-se considerar inexpressiva a produção de artigos e trabalhos doutrinários quando se trata da contratação no setor de defesa, sob o viés jurídico. Dessa forma, a busca na literatura e legislação estrangeira ainda é um dos únicos meios para a construção de um pensamento jurídico nacional sobre o tema. O presente artigo busca apresentar o plano normativo contemporâneo de contratação pública de produtos e sistemas de interesse da defesa nacional no estrangeiro, valendo-se de legislações e doutrinas de países expressivos no cenário mundial e de países que são considerados pequenos, quando levado em consideração o tamanho de sua BID. Para tanto, o trabalho desenvolveu-se por meio da análise da política legislativa dos Estados Unidos da América, Canadá, Israel e Austrália. Em seguida, foram exploradas as estratégias de contratação de defesa da União Europeia, como uma alternativa ao desenvolvimento da BID nacional, pela opção de estabelecimento de um complexo industrial de defesa. Por fim, foram apresentadas as diversas modelagens contratuais existentes no direito estrangeiro, que proporcionam a mitigação dos riscos de contratos tão complexos e *sui generis*. Em relação ao ineditismo do artigo, pode-se afirmar que o assunto apresenta-se como atual e com uma abordagem ainda não apresentada na doutrina nacional.

Palavras-chaves: Contratos públicos. Defesa nacional. Produtos e sistemas de defesa nacional. Direito estrangeiro. Modelos contratuais do setor de defesa.

1 Considerações iniciais

A abordagem do assunto defesa nacional e seus tópicos relacionados por acadêmicos é mais frequente por aqueles que se dedicam ao estudo nas áreas de concentração em relações internacionais, ciências políticas ou estratégia militar, cujo viés das pesquisas, invariavelmente, não está voltado para os assuntos internos ou domésticos, incluindo os jurídicos, mas sim, sob as lentes das teorias de políticas externas e de segurança internacional.

Da assertiva inicial, conclui-se que a existência de baixa produção científica no que se refere às contratações de produtos destinados à defesa nacional no Brasil se dá por duas razões: a primeira, em virtude do baixo interesse em relação aos assuntos relacionados à defesa nacional pela sociedade civil, e a segunda, pelo recente estabelecimento do regime especial do *military* ou *defense procurement* nacional por meio da Lei nº 12.598/12 e sua regulamentação, que trata de normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa.

Com a produção doutrinária nacional em pequena escala sobre o tema e pela falta de repercussão jurisprudencial nos tribunais superiores brasileiros, em razão do reduzido lapso temporal da regulamentação da Lei nº 12.598/12, a utilização do direito comparado e o estudo da legislação estrangeira pertinente ao setor crescem de importância, pois permitem concluir se o Brasil está alinhado ou não com as melhores práticas adotadas nos ordenamentos jurídicos alienígenas.[1]

Para a formulação de análises, o plano normativo estrangeiro constitui-se em referência importante, no qual se pode ter uma ideia de quais instrumentos legais, no âmbito do Direito Administrativo e da contratação pública, estão sendo utilizados para a

1 Adota-se a terminologia "melhores práticas" utilizada por Caroline Nicholas, integrante do grupo de trabalho de *procurement* da UNCITRAL, que defende que o que existem são boas práticas e não modelos perfeitos em contratações públicas, em I Ciclo Brasileiro de Conferências em Compras Públicas e Desenhos de Concessões FGV-IPEA, evento realizado em Brasília no dia 26 de março de 2014.

consecução de políticas públicas de promoção do desenvolvimento econômico, principalmente em áreas estratégicas, com ênfase na indústria e no comércio de produtos e sistemas de defesa.

No mesmo sentido, pela interdependência da política de defesa e da política externa, faz-se necessário o estudo das contratações de defesa estrangeiras, com o objetivo de observar o comportamento e as tendências dos países que mais investem em defesa ou de identificar possíveis parceiros para desenvolvimento ou comercialização de produtos de defesa, que poderão servir de elemento estruturante da indústria nacional.

Num cenário econômico globalizado e em crise, deve-se identificar qual a tendência de estratégia que está sendo adotada nas contratações do setor de defesa pelo mundo, por intermédio de alguns questionamentos:

i) é mais vantajoso contratar da indústria de defesa nacionalizada, contratar em grandes ou pequenos blocos comunitários ou contratar materiais e sistemas de defesa de empresas estrangeiras?
ii) há mudanças dessas estratégias, em virtude de condicionantes econômicas? Em que tendência o Brasil se encaixa?

Outras referências para entender as contratações do setor de defesa são os planos normativos comunitários e a aplicação de suas diretivas, *guidelines* e instrumentos legais regulamentares, que influenciam na elaboração do plano interno de contratações públicas e no segmento de comercialização de produtos de defesa, que deverão estar alinhados com os objetivos políticos estabelecidos por blocos como a Comunidade Europeia, levando-se em consideração as especificidades do referido mercado, que pode ter fins estratégicos, políticos ou econômicos.

A opção pelo direito comparado não tem por objetivo a seleção da melhor ou pior legislação de contratação de produtos e sistemas de defesa, e sim, um método de leitura das políticas publicas internas de contratação e de defesa nacional, inseridas no contexto internacional, já que tais temas são de caráter universal e interdependente entre as nações. Para reflexão, põe-se o questionamento se o plano jurídico brasileiro é satisfatório e está alinhado com os países mais influentes em matéria de indústria nacional de defesa.

A própria escolha dos países a serem comparados é algo bastante complexo, em razão de que os gastos militares de cada país, e, por conseguinte, as políticas e planos normativos sofrerem influências de condicionantes nas dimensões intertemporal, geopolítica e de eficiência.[2]

Da mesma forma, o trabalho tem como proposta, contribuir para novos estudos no sentido da readequação da modelagem contratual brasileira de aquisição de produtos e sistemas de defesa, conforme as melhores práticas observadas nos planos normativos estrangeiro, comunitário e internacional.

2 Planos normativos de contratações públicas de defesa no direito estrangeiro

As contratações no setor de defesa caracterizam-se por envolver os maiores orçamentos estatais, com desafios tecnológicos constantes e com discussões e controvérsias sobre as decisões políticas e estratégicas adotadas, sendo essas questões presentes rotineiramente nos centros decisórios e de poder governamental. No presente tópico, serão estudados os planos normativos nas contratações de defesa sob dois ângulos: de uma superpotência militar e de países com expressão menor de sua Base Industrial de Defesa (BID).

No primeiro caso, inevitavelmente por questões óbvias, será estudado o processo de aquisição norte-americano, como a maior potência militar do mundo e, em consequência, a maior BID também. No segundo caso, serão estudados três países com uma BID menor e com ampla variação nas questões históricas e políticas na área de defesa: Austrália, Canadá e Israel.

Evidentemente que a intenção do presente estudo não é indicar o melhor processo ou a melhor política de contratação de defesa, na medida em que cada país tem variáveis peculiares, como, por exemplo, questões geopolíticas e de ameaças iminentes de ataque.

Da mesma forma, há consenso na afirmação de que não há nenhuma nação com um sistema perfeito de contratações de defesa, mas sim, com maior ou menor experiência em casos de sucesso e de fracasso, tanto por parte do estado, como pelas empresas e indústrias de defesa, podendo essas lições serem divididas com outros países. Sendo assim, usualmente nos fóruns internacionais de *procurement*, como a UNCITRAL e OECD, a expressão mais usual utilizada no estudo dos processos e planos normativos é a busca pelas “melhores práticas” ou “lições aprendidas”.

2.1 O plano normativo de contratações de defesa norte-americano

Os Estados Unidos da América caracterizam-se por ser a maior potência militar do mundo, com o

[2] SILVA FILHO, E. B.; MORAES, R. F. Dos dividendos da paz à guerra conta o terror: gastos mundiais nas duas décadas após o fim da Guerra Fria – 1991-2009 *In*: SILVA FILHO, E. B.; MORAES, R. F. (Org.). *Defesa Nacional para o Século XXI*: política internacional, estratégia e tecnologia militar. Brasília: Ipea, 2012.

maior orçamento,[3] com os mais avançados centros de pesquisas e desenvolvimento de produtos e sistemas de defesa e com a maior BID.[4] Como resultado, o país desenvolveu uma imponente indústria no setor, bem como um sistema de contratações altamente regulado, que continuamente envolve novos problemas e desafios.

Num primeiro momento faz-se necessária a divisão do plano normativo de aquisições de defesa norte-americano em:

i) *normas internas de incidência nas transações internacionais de produtos e sistemas de defesa*; e
ii) *normas internas de incidência nos processos de contratação nacional*, a cargo do Departamento de Defesa (DoD).

No presente trabalho, a segunda hipótese será a analisada mais detalhadamente.

Em relação às *normas internas de incidência em transações internacionais*, essas se configuram num conjunto de normas reguladoras, que tem por finalidade a proteção das empresas norte-americanas e que se constituem como verdadeiras barreiras nas transações internacionais de produtos e sistemas de defesa contra as investidas de empresas estrangeiras em contratos do governo norte-americano. As referidas normas[5] são divididas em quatro categorias:[6]

Categoria	Normas aplicáveis
Direito da concorrência	*Clayton Act;*[7] *Hart-Scott-Rodino Act;*[8] *e Sherman Act.*[9]
Contratos públicos nacionais	*Buy American Act;*[10] *Berry Amendment;*[11] *e Other statutory restrictions.*
Direito internacional econômico (importações e exportações)	*Arms Export Control Act; International Traffic in Arms Regulations; Export Administration Act; e Export Administration Regulations.*
Restrições a aquisições e fusões por questões de segurança nacional	*Executive Order 11858, de 7 de maio de 1975; Exon-Florio Amendment;*[12] *e National Industrial Security Program Operating Manual.*

Em seguida, serão analisadas *as normas internas de incidência nos processos de contratação nacional*, a cargo do Departamento de Defesa (DoD).

Nos Estados Unidos, quase todas as agências federais (civis e de defesa) estão vinculadas a um único conjunto de leis relativas aos contratos públicos, conhecido como o *Federal Acquisition Regulation* (*FAR*).[13] O sistema *FAR* é constituído do *FAR*, que é o conjunto geral de normas de todo o governo, bem como pelos regulamentos de aquisição no nível de agência que complementam o *FAR*. Para as contratações de defesa, a principal regulação é o *Departament of Defense FAR Supplement* ("*DFARS*"),[14] sendo que cada Força e as outras organizações (por exemplo, Força Aérea, Exército, Marinha, Agência de Logística de Defesa) também têm seus próprios regulamentos suplementares.[15]

O DFARS, entre outras coisas, inclui a regulamentação de temas como:

i) a contratação de ex-oficiais militares por empresas da área de defesa;
ii) acordos para a reparação e alteração dos equipamentos;
iii) proteções especiais para "denunciantes" nos contratos do DoD;
iv) vendas militares estrangeiras;
v) aquisição de peças de reposição;
vi) medidas especiais de segurança para sistemas de TI; e
vii) indenização contra riscos.

Além disso, algumas regras de âmbito do governo são especificamente adaptadas para aplicação em agências de defesa, como, por exemplo, certas limitações em relação ao uso do tempo e de materiais no contrato, aos acordos com empresas de softwares, contratações plurianuais, o lucro do contratante em contratos-tipo *cost plus* e direitos do contratante em software e sistemas de dados.[16]

---

[3] Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). Em 2014, os EUA gastaram em produtos e sistemas militares o valor de US$ 609,9 bilhões, que correspondeu a 3.5% do PIB.

[4] Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI). Em 2012, os EUA possuíam 7 entre as 10 maiores indústrias de defesa do mundo e 44 entre as 100 maiores.

[5] As normas estão disponíveis em < http://www.law.cornell.edu/>. Acesso em: 30 ago. 2015.

[6] PARLAMENTO EUROPEU. Directorate-General For External Policies of The Union. Policy Department External Policies. *The cost of non-Europe in the area of security and defence*. 2006, p. 23. Disponível em: <https://infoeuropa.eurocid.pt/files/database/000042001-000043000/000042492.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

[7] V.15 U.S.Code §12-27,29 U.S. Code 52-53.

[8] V.15 U.S.Code §18a.

[9] V.15 U.S.Code §1-7.

[10] V.41 U.S.Code §10a.-10d.

[11] V. U.S.Code, Title 10, Section 2533 a.

[12] Lei de 1988, autoriza o Presidente dos EUA a impedir fusões ou aquisições de empresas norte-americanas, sempre que estas coloquem em risco a segurança nacional.

[13] O *FAR* contém 1.200 páginas e 51 capítulos de normatização, regulando as aquisições desde as "*micropurchases*", passando pelas "*simplified acquisitions*" até as "*major system acquisitions*".

[14] O DFARS inclui cerca de 1.000 páginas de orientação prescritiva suplementar e cerca de 300 páginas de disposições e cláusulas específicas da defesa para licitações e contratos. Tal como acontece com o FAR, a agência de compra seleciona e aplica as cláusulas e disposições ao caso concreto, com base na finalidade do contrato e tipo.

[15] GAUVIN, Dionis M.; RECTOR, Richard P. Best practices in U.S. Defence Procurement. *In*: BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). *Defence acquisition: international best practices.* Nova Déli: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013, p. 413.

[16] Ver também a DoD Directive 5000.01 e DoD Instruction 5000.02.

Em sentido contrário à prática atual das compras governamentais de defesa no Brasil, a legislação norte-americana, por meio do *Competition In Contracting Act* de 1984, dispõe que a regra é a competição, em detrimento das compras diretas, com o afastamento da licitação. Na área de defesa, na aplicação conjunta do *FAR*, *DFARS* e dos suplementos das Forças Armadas, as ações e princípios aplicáveis para incrementar a competitividade e a transparência são semelhantes às utilizadas no Brasil, como, por exemplo: tratamento isonômico, publicidade, boa-fé e julgamento objetivo.

Nas contratações no setor de defesa são adotadas mais comumente as seguintes modalidades competitivas:

i) *sealed bidding*: a "licitação selada" ocorre quando a adjudicação é feita ao licitante responsável cuja oferta está em conformidade com o certame e, simultaneamente, é a de menor preço. Geralmente é utilizada para a aquisição de bens e outros itens não complexos, onde a avaliação dos méritos relativos às abordagens técnicas dos fornecedores não é necessária;

ii) *orders under Indefinite Delivery, Indefinite-Quantity (IDIQ) contracts*: um contrato IDIQ envolve a emissão de uma ordem de entrega (por suprimentos) ou uma ordem de tarefa (para serviços), sob uma pré-existente, integrante de um contrato "quadro" ou "guarda-chuva"; sendo que as ordens são baseadas nos preços preestabelecidos, nas condições do contrato-quadro; e

iii) *negotiated procurement*: sobre contratos negociados pode se afirmar que são aqueles em que a adjudicação é feita à oferta ou licitante que fornece o "melhor valor" para o governo, de acordo com técnica, custo, e outros fatores estabelecidos no edital. A FAR define "melhor valor", como "o resultado esperado de uma aquisição que, na avaliação do governo, fornece o maior benefício global em resposta à exigência editalícias".

Entre as três modalidades citadas, a *negotiated procurement* ou contratos negociados é a mais utilizada nas contratações de defesa, na medida em que permite identificar, na concorrência, fatores e subfatores específicos que são importantes para a avaliação, como o preço versus custo, capacidade técnica, histórico de desempenho passado, a subcontratação de pequenas empresas, e outros fatores extra econômicos identificados pelas agências subordinadas ao DoD. Nessa modalidade, pode-se ainda incluir nos critérios de julgamento fatores como o cronograma de entrega, capacidade de gestão e gerenciamento do contrato, pessoal qualificado nos quadros da empresa e capacidade logística.

Ao estipular os critérios, as agências também devem especificar claramente o peso e importância relativa de cada um deles. Na maioria das grandes aquisições de defesa nos EUA, assim como na maioria das contratações de defesa globais, fatores extra econômicos são mais relevantes do que as condições do preço.[17]

Uma desvantagem potencial dos contratos negociados, no entanto, é que o poder discricionário das agências para realizar tais compensações e exercer o seu juízo de negócios pode criar o risco de indevidas influências na adjudicação do contrato. Este risco foi mitigado nos EUA, com a criação de processos de revisão das adjudicações através de mecanismos como o *debriefing* para a adjudicação proclamada e para os fornecedores perdedores. O processo consiste na obrigação da Agência de fornecer diretamente aos licitantes perdedores, em três dias, todas as informações necessárias sobre a adjudicação do certame. Os perdedores podem, no mesmo prazo, solicitar a revisão da decisão, através de um processo de *debriefing*, garantido o máximo de transparência nas aquisições de defesa.[18]

Em relação à aplicabilidade de margens de preferência, no caso do Departamento da Defesa norte americano, as compras são reguladas pelo *Department of Defence Appropriations Act*[19] e pelo *Armed Services Procurement Act* (ASPA), de 1947.[20] Nas compras militares, o produto nacional pode ser até 50% mais caro que ainda assim será comprado e, no caso de empate nos preços, é dada preferência ao fornecedor nacional.[21]

2.2 O plano normativo de contratações de defesa em pequenos países

Não são raros os estudos de contratação de defesa e análises empíricas do processo decisório, tendo como objeto as superpotências militares, envolvendo principalmente os EUA e os maiores países da Europa. Ao mesmo tempo, são poucas as abordagens sobre a política da indústria de defesa e o seu respectivo plano normativo em pequenos países,

[17] GAUVIN, Dionis M.; RECTOR, Richard P. Best practices in U.S. Defence Procurement. In: BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). *Defence acquisition: international best practices*. Nova Déli: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013, p. 417-418.

[18] Há críticas ao processo de *debriefing*, sob o argumento de que pode haver litigâncias de má-fé, no sentido somente de retardar o processo de contratação.

[19] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. House of Representative. *Department of Defence Appropriations Act*. Disponível em: <https://rules.house.gov/bill/113/hr-4870>. Acesso em: 30 ago. 2015.

[20] CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. *Armed Services Procurement Act*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/topn/armed_services_procurement_act_of_1947>. Acesso em: 30 ago. 2015.

[21] *Department of Defence Appropriations Act* e. Disponível em: <www.arnet.gov/far>. Acesso em: 30 ago. 2015.

como os selecionados nesse artigo:[22] Austrália, Canadá, e Israel.[23]

A lógica do processo de contratação nesse grupo de países é diferente daquela empregada pelas superpotências, em razão de:[24]

i) pequeno poder de barganha, com relativa expressão na negociação de preços, especificações e compensações, nos contratos com grandes indústrias do mercado de defesa;
ii) restrito acesso às tecnologias mais avançadas, no seu estado da arte, incluindo a restrição aos aliados mais próximos;
iii) as compras das Forças Armadas nacionais são abaixo do nível mínimo econômico de produção de escala, que são realizadas em lotes mínimos de absorção, assim como a constante ausência de oportunidades de exportação;
iv) dificuldade de atrair e reter grandes produtores internacionais, em razão da baixa demanda;
v) as aquisições são realizadas fora de acordos de livre comércio internacional, favorecendo aos produtores locais; e
vi) necessidade de que os produtores nacionais demonstrem, no exterior, a capacidade de estabilidade na produção, de que garantam a manutenção do produto adquirido e o suprimento de peças de reposição por longo prazo.

Na medida em que os pequenos países estão inseridos nas características acima, emerge a necessidade de adoção de uma decisão política e estratégica por esses Estados, em relação às contratações públicas de defesa, que terá por consequência o *national defense procurement legal framework*.

O regime jurídico especial estabelecido disporá de mecanismos de respostas aos desafios postos por suas demandas de produtos e sistemas de defesa, de maneira distinta daqueles adotados pelas superpotências militares, na condução dos processos licitatórios pelos seus órgãos responsáveis, nos procedimentos de seleção do contratado e nas relações com seus fornecedores, que se constituem em relações quase administrativas, na medida em que é estabelecida uma relação de cooperação entre o governo e o contratado.

Entre as estratégias possíveis a serem adotadas pelos pequenos países, que impactarão a constituição dos planos normativos, incluem:[25]

i) aceitar sua vulnerabilidade por sua relativa dimensão militar, gastando pouco ou nada em defesa e aceitando os riscos consequentes dessa decisão;
ii) declaração de neutralidade, gastando o suficiente necessário para sua autodefesa unilateral (ex: Suécia, ao longo da guerra Fria);
iii) procura de grandes e poderosos protetores (ex: Austrália e Canadá);
iv) formação de alianças de países como o mesmo pensamento em relação à defesa (ex: Holanda e Espanha); e
v) utilização de uma autodefesa unilateral forte, com a manutenção da operacionalidade de suas forças armadas em alto nível, e a possibilidade de utilização do apoio de aliados como último recurso (ex: Israel e Singapura).

A seguir serão analisados os modelos contratuais dos pequenos países, destacando a estratégia e objetivos dos processos de contratação pública de defesa. Inicialmente, será abordado o *modelo australiano*, onde é considerado como princípio, a ampla e irrestrita competitividade, que tem sido influenciado pela combinação entre experiências domésticas e internacionais que tem por objetivo:

i) determinar o equilíbrio entre competição e regulação no que se refere ao custo/benefício (*value for money*);
ii) distribuição dos riscos entre o governo e os produtores e fornecedores; e
iii) utilização no limite da integração da indústria civil-militar, incluindo o uso de contratados em teatros de operações e o financiamento privado na capacidade de defesa.[26]

Em relação aos modelos de contrato, a Austrália evita o contrato *cost-plus*, bastante utilizado pelos EUA. No passado, o país utilizava-se da ampla competição para pressionar os contratados a aceitarem os contratos *fixed-price* e os riscos na integralidade, obrigando a Defesa a flexibilizar cronogramas de entregas e reajustes dos valore contratuais, comprometendo a eficiência e o orçamento.

[22] Os "pequenos países" são considerados, nesse trabalho, aqueles que são menos expressivos no poder militar, mas que possuem uma economia industrial avançada e que destinam um significativo orçamento para as aquisições de defesa, se considerado o seu tamanho. São países que podem decidir, em razão dos seus gastos em defesa, entre produzir ou comprar e têm relativo poder de negociar nos seus processos de aquisição militar.

[23] Ver metodologia de seleção dos países em MARKOWSKI, Stefan; HALL, Peter; WYLIE, Robert. Introduction. *In*: *Defence procurement and industry policy*: a small country perspective. p. 8.

[24] MARKOWSKI, Stefan; HALL, Peter; WYLIE, Robert. Introduction. *In*: *Defence procurement and industry policy:* a small country perspective. p. 4-5.

[25] MARKOWSKI, Stefan; HALL, Peter; WYLIE, Robert. Introduction. *In*: *Defence procurement and industry policy*: a small country perspective. p. 6.

[26] MARKOWSKI, Stefan; WYLIE, Robert. Austrália: envolving institutions. *In*: *Defence procurement and industry policy*: a small country perspective. p. 203-204.

Todavia, aquisições de grande complexidade afetaram a filosofia e os mecanismos das aquisições de defesa australianas, deixando de lado as experiências norte-americanas e britânicas na modelagem contratual e construindo um modelo próprio, fundamentado na própria experiência acumulada em diversas décadas, com adaptações às suas particulares circunstâncias.[27]

O processo de aquisição de *defesa no Canadá*[28] é considerado complicado e diferente dos modelos existentes nos padrões internacionais, principalmente em razão da estrutura organizacional que não confere autonomia para as compras de defesa ao Departamento de Defesa Nacional (DND), órgão do Ministério de Defesa canadense. A responsabilidade por todas as aquisições do governo fica a cargo do *Public Works and Government Services Canada* (*PWGSC*), que tem regras próprias de aquisição, submetendo os critérios operacionais de desempenho estabelecidos pelos militares a políticas de benefícios ao desenvolvimento regional e industrial.[29]

O DND canadense postula que suas especificidades nas aquisições derivam de três fatores:

i) a importância do escopo e da economia de escala significa que as grandes aquisições de produtos de defesa são bem diferentes das compras de outros departamentos governamentais;
ii) as aquisições do DND são consideradas de alto risco e podem ser politizadas devido à política de aquisições fundamentada em benefícios industriais e regionais. As constantes interferências dos grupos de interesse nos processos de contratação podem tornar o procedimento extremamente prolongado; e
iii) a estrutura de governança federal canadense complica o *trade-off* entre os objetivos de defesa e objetivos sócio-políticos, alongando os ciclos de aquisições.[30]

Nesse sentido, a agência canadense de defesa entende que os processos de contratação sejam realizados por delegação do PWGSC ao DND e que as aquisições possam ser realizadas em conjunto com países aliados, incrementando a interoperabilidade e reduzindo custos e tempo de produção e aumentando o uso da política de compras "*commercial off-the-shelf*" (COTS) com pequenos e médios países especializados em nichos específicos de produção de produtos de defesa determinado.

Em Israel, os processos de aquisição de defesa são subordinados a dois regimes de contratação, dependendo da origem dos recursos. O orçamento de defesa israelense divide-se em recursos financeiros provenientes do Tesouro israelense (denominado NIS) e da ajuda militar dos EUA (*American Foreign Military Funding*),[31] sendo gastos em torno de 80% do orçamento total em compras na indústria de defesa israelense e 20% nas importações, que geralmente tem como exportadores, os EUA e a Europa.[32]

A contratação pública de defesa israelense tem as seguintes características:[33]

i) é muito burocrática, todavia confere ao mesmo tempo estabilidade ao processo e um equilíbrio entre o desejo de se comprar rapidamente e a necessidade por rígidos controles dos gastos públicos;
ii) permite a aplicação dos "*buy local policies*", apoiando objetivos secundários como a geração de emprego e desenvolvimento de regiões industriais, quando o orçamento é oriundo do NSI;
iii) obrigatoriedade de licitar, em razão da edição do 1992 *Obligatory Tender Act*;
iv) existência de um conjunto de regras e regulações específicas para as contratações de defesa;
v) previsão de acordos de compensação (*offsets*), nos projetos financiados pelos EUA.
vi) os contratos firmados em Israel podem ser disputados por empresas israelenses, norte americanas e europeias;[34] e
vii) existência de um acordo de livre comércio entre EUA e Israel, que elimina todos os tributos nas aquisições de produtos oriundos dos EUA por Israel.

Usualmente, em quase a totalidade dos planos normativos de contratações públicas no mundo, há

[27] Como exemplos de aquisições complexas na Austrália, pode se destacar a aquisição do Jindalee Over-thehorizon Radar Network (JORN), em 1986, e a aquisição de submarinos Collin Class, no final dos anos 90. MARKOWSKI, Stefan; WYLIE, Robert. Austrália: envolving institutions. In: *Defence procurement and industry policy*: a small country perspective. p. 204-207.

[28] PLAMONDON, Aaron. *The politics of procurement*: military acquisition in Canada and the Sea King helicopter. Vancouver: UBC press, 2010. p. 3-29.

[29] BERKOK, Ugurhan. Canada: defence procurement. *In*: *Defence procurement and industry policy*: a small country perspective. p.211-213 e 224.

[30] BERKOK, Ugurhan. *Canada*: defence procurement. In Defence procurement and industry policy: a small country perspective, pp.212-213.

[31] Desde o final dos anos 70, Israel tem sido o maior beneficiário do *American Foreign Military Funding*, com o recebimento em media de 50% do fundo e do *American Economic Support Funding*, com 25% do fundo.

[32] KAGAN, Kobi; SETTER, Oren; SHEFI, Yoad; e TISHLER, Asher. *Israel*: procurement and industry. In Defence procurement and industry policy: a small country perspective, pp.236-237.

[33] KAGAN, Kobi; SETTER, Oren; SHEFI, Yoad; e TISHLER, Asher. *Israel*: procurement and industry. In Defence procurement and industry policy: a small country perspective, p.237.

[34] Os contratos podem ser firmados tanto em Israel, por meio do *Directory for Procurement and Production*, ou nos EUA, pelo órgão denominado Mission to the USA, sediado em Nova Iorque.

disposições no sentido de aplicação de regras especiais ou afastamento da licitação, em casos nos quais a publicidade da aquisição deve ser restrita, em razão da proteção à segurança nacional.[35]

2.3 O plano normativo de contratações de defesa na União Europeia: a Diretiva 2009/81/CE

Os produtos e sistemas de defesa podem ser desenvolvidos e produzidos domesticamente, em colaboração com outros países, desenvolvido sob licença de uma empresa ou governo estrangeiro que desenvolveu a tecnologia, ou por meio de importações de produtos acabados que foram desenvolvidos e produzidos no exterior.

O direito internacional e as resoluções das Nações Unidas legitimam a produção e importação de armas, com a finalidade da autodefesa. Logo, não há nada de antiético ou imoral no comércio de armas. Todavia, há sensíveis questões que envolvem a política de transações internacionais desses produtos, como as transferências e barreiras tecnológicas, econômicas ou estratégicas.[36]

Nesse contexto é que surge a possibilidade estratégica de estabelecimento de um *military industrial complex* (*MIC*), em substituição ou complemento à ideia tradicional de BID nacional, até mesmo em razão da tendência de concentração e de internacionalização das indústrias de defesa, em busca da redução de custos e de economia de escala. Assim sendo, serão analisadas as possibilidades e limitações dos MIC, no âmbito da União Europeia.

O Tratado de Maastricht de 1992, que deu origem à União Europeia (EU), instituiu a Política Externa e de Segurança Comum (PESC), dispondo sobre a responsabilidade da União no domínio da segurança e à eventual definição de uma política comum de defesa. Com a entrada em vigor do Tratado de Amsterdã (1999), foram incluídas novas missões no Tratado da UE (Título V), tais como as missões de gestão de crise ou as missões de manutenção da paz. O Comitê Político e de Segurança (COPS), o Comitê Militar da UE (CMUE) e o Estado Maior Militar da UE (EMUE) constituem as estruturas políticas e militares permanentes para uma política de defesa autônoma e operacional da União.[37]

Os objetivos da PESC estão definidos no artigo 24º do Tratado da UE e são prosseguidos mediante o recurso a instrumentos jurídicos próprios, tais como as ações comuns e posições comuns aprovadas por unanimidade no âmbito do Conselho. O tratado de Lisboa, de 2007 (entrou em vigor em 2009), que altera o Tratado da UE 1992, destaca que a PESC tem como parte integrante, a Política Comum de Segurança e Defesa (PCSD), que substitui a antiga Política Europeia de Segurança e Defesa.

Da mesma forma, o bojo do tratado de Lisboa aumenta e especifica as atribuições da Agência Europeia de Defesa (AED),[38] com objetivo de aumentar as capacidades militares dos Estados-membros, por intermédio de:

i) fixar objetivos comuns aos Estados-Membros em matéria de capacidade militar;
ii) criar programas e assegurar a gestão dos mesmos a fim de atingir os objetivos fixados;
iii) harmonizar as necessidades operacionais dos Estados-Membros e melhorar, assim, *os métodos de aquisição dos equipamentos militares*;
iv) gerir as atividades de investigação em matéria de tecnologia de defesa; e
v) contribuir para o *reforço da base industrial e tecnológica do setor da defesa*[39] e para a melhoria da eficácia das despesas militares.[40]

Simultaneamente às negociações do Tratado de Lisboa, em 05 de dezembro de 2007, foi publicada a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões (COM(2007) 764 final), intitulada "Uma estratégia para uma *indústria da defesa europeia* mais forte e mais competitiva".

35 Sobre a comparação de mais sistemas de aquisições de defesa, ver KAUSAL, Tony; HUMILY, Gertrud; ROLLER, Peter; e TAYLOR; Trevor. *A comparison of the defense acquisition systems of France, United Kingdom, Germany and The United States*. Virginia: Defense systems management college press, 1999; KAUSAL, Tony; e MARRKOWSKI, Stefan. *A comparison of the defense acquisition systems of Austrália, Japan, South Korea, Singapore and The United States*. Virginia: Defense systems management college press, 2000; e WRIGHT, Elisabeth. *Comparative assessment project*: defense acquisition-resource management systems. Monterey: U.S. Naval Postgraduate School, 2010.

36 SMITH, Ron. *Military Economics*: the interaction of power and money. Palgrave macmillan, Londres, p. 138.

37 UNIÃO EUROPEIA. Política Comum de Segurança e Defesa (PCSD). Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/european_security_defence_policy_pt.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

38 A AED foi criada pela ACÇÃO COMUM 2004/551/PESC DO CONSELHO, de 12 de Julho de 2004. Tem por missão apoiar o Conselho e os Estados-Membros nos seus esforços para aperfeiçoar as capacidades de defesa da União Europeia na área da gestão de crises e apoiar a PESD na sua atual configuração e na sua evolução futura. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/ALL/?uri=CELEX:32004E0551>. Acesso em: 20 ago. 2015.

39 PARLAMENTO EUROPEU. *Maping the Cost of Non-Europe*, 2014 -2019. p. 28. As estimativas de economia em aquisições de defesa na EU com o fortalecimento da BID comunitária, por ano, é no montante de 4 bilhões de euros. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/563350/IPOLEAVA_ET(2014)563350_EN.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

40 UNIÃO EUROPEIA. Política de segurança e de defesa comum. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0026_pt.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

No documento são dispostas várias considerações sobre a situação da BID europeia, bem como são fixadas medidas políticas e diretriz para o fortalecimento da BID comunitária, principalmente com o objetivo de concorrer com a indústria dos EUA.[41]

Tal assertiva é clara quando a COM(2007) 764-final afirma que "a indústria da defesa europeia considera ser difícil beneficiar de oportunidades econômicas nos EUA, mas, em contrapartida, as empresas norte-americanas têm acesso facilitado aos mercados europeus", concluindo que é importante assegurar que a BID europeia se encontre ao nível dos concorrentes dos EUA, em termos de inovação e qualidade. Ao mesmo tempo, a Comunicação alerta para que os esforços europeus não se concentrem somente ao mercado norte-americano, mas também aos mercados de países emergentes e propõe uma nova legislação comunitária para promover o desenvolvimento da BID comunitária.[42]

No mesmo sentido, a Comunicação destaca que diversos obstáculos configuram-se para o aumento da competitividade como, por exemplo, a coexistência de regulamentações nacionais diferentes para os contratos públicos e a lentidão dos processos de emissão de licenças para autorizar a circulação de produtos do sector da defesa no interior da União, bem como, por exemplo, a falta de partilha de informações. A fim de melhorar a situação da indústria europeia da defesa, a Comissão recomenda pela adoção de diretivas específicas para a contratação de defesa.

A proposta de diretiva sobre aquisição de defesa apresentada na Comunicação converteu-se na Diretiva 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de determinados contratos de empreitada, contratos de fornecimento e contratos de serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, alterando as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, que tratavam das compras públicas de caráter comum. Inaugura-se, assim, um regime especial de contratação de defesa.[43]

O novo regime definiu as regras concernentes à contratação pública de defesa, com a finalidade de criar um mercado interno europeu, procurando reduzir a possibilidade de invocação do artigo 346º, do Tratado que constitui a UE, que se trata de exceção à aplicação ao Tratado, nos casos em que a salvaguarda prevista na diretiva não permite proteger os interesses de segurança dos Estados-membros.

Como âmbito de incidência, a diretiva aplica-se aos contratos adjudicados nos domínios da defesa e da segurança, excetuando quando aplicados os artigos 36º, 51º, 52º, 62º e 346º do Tratado da UE, que tenham por objeto:

a) O fornecimento de equipamento militar, incluindo quaisquer partes, componentes e/ou elementos de ligação do mesmo;
b) O fornecimento de equipamento sensível, incluindo quaisquer partes, componentes e/ou elementos de ligação do mesmo;
c) Obras, fornecimentos e serviços diretamente relacionados com o equipamento referido nas alíneas a) e b) em relação a um ou a todos os elementos do seu ciclo de vida; e
d) Obras e serviços para fins militares específicos, ou obras e serviços sensíveis.[44]

Como geralmente as compras militares são efetivadas à luz das exceções previstas, corre-se o risco de que a diretiva se torne de natureza manifestadamente residual, em razão da invocação, pelos Estados-membros, das excludentes previstas no Tratado. Caberá ao Tribunal de Justiça da EU (TJUE) firmar jurisprudência, no sentido de não alargar o âmbito de aplicação das exceções previstas no Tratado para além do estritamente necessário.[45]

Quatro anos após a edição da Diretiva 2009/81/CE e inserida no contexto da crise econômica mundial, que atingiu fortemente os países europeus, é publicada uma nova Comunicação referente à BID europeia, fundamentada no trabalho da *Task-Force* da Comissão para a Defesa, criada em 2011, com o objetivo de reforçar o setor da defesa por meio da mobilização de todas as políticas pertinentes da UE. A nova publicação é denominada Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: para um setor da defesa e da segurança mais competitivo e eficiente (COM(2013) 542 final).[46]

[41] RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Lisboa: Almedina, 2013. p. 492-493.

[42] UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões (COM(2007) 764 final):Uma estratégia para uma *indústria da defesa EUROPEIA* mais forte e mais competitiva. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0764&from=PT>. Acesso em: 20 ago. 2015.

[43] UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2009/81/CE. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0081&from=PT>. Acesso em: 20 ago. 2015.

[44] UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2009/81/CE, artigo 2º. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0081&from=PT>. Acesso em: 20 ago. 2015.

[45] RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Lisboa: Almedina, 2013, p. 503.

[46] UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico E Social Europeu e ao Comitê das Regiões: para um setor da defesa e da segurança mais competitivo e eficiente (COM(2013) 279 final). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2013)0542_/com_com(2013)0542_pt.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

A Comunicação de 2013 evidencia a preocupação com a crise da despesa pública e com os consequentes cortes nos orçamentos da defesa. Entre 2001 e 2010 as despesas de defesa da UE diminuíram de 251 bilhões de euros para 194 bilhões de euros. Estes cortes orçamentais estão igualmente a ter repercussões graves nas indústrias que desenvolvem equipamento para forças armadas europeias, com cortes nos programas em curso. Afetam, em especial, o investimento na pesquisa e desenvolvimento de defesa que é crucial para o desenvolvimento das capacidades do futuro.

Entre 2005 e 2010, verificou-se uma diminuição de 14 % dos orçamentos para essas atividades, sendo destinados a elas 9 bilhões de euros. Como comparação, os EUA sozinhos despendem atualmente sete vezes mais com a pesquisa e desenvolvimento de defesa do que todos os 27 Estados-Membros da UE juntos.[47]

Como consequência, a Comunicação estabelece como ação estratégica, dentre várias outras, o apoio à BID europeia na conquista de mercados emergentes. Nesses mercados, em respeito às compensações, as negociações explorarão formas de minimizar possíveis repercussões negativas dessas compensações sobre o mercado interno e a BID europeia. A Comissão também examinará de que modo as instituições da UE poderiam promover os fornecedores europeus nos casos em que apenas uma empresa europeia está em concorrência com fornecedores de outras partes do mundo.[48]

Como prosseguimento da Comunicação adotada em julho de 2013, foi publicado, em junho de 2014, o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: um novo pacto para a defesa europeia. O presente relatório intitula-se “Roteiro de implementação da Comunicação COM(2013) 542: para um setor da defesa e da segurança mais competitivo e eficiente”.

O Roteiro destaca:

i) a importância do mercado interno para assegurar a aplicação correta da Diretiva 2009/81/CE;
ii) o trabalho no sentido da rápida eliminação da prática de compensação e de políticas discriminatórias;
iii) a normalização com o desenvolvimento de normas híbridas, ligando planos normativos nacionais, europeus e internacionais em vigor (ex: OTAN);
iv) incentivo às micro e pequenas empresas;
v) explorar o potencial de pesquisa e desenvolvimento de tecnologia dual; e
vi) reforço à dimensão internacional, com buscas de mercados emergentes, em razão da queda dos orçamentos de defesa na Europa.[49]

Em sede de conclusão, o Roteiro de implementação da Comunicação COM(2013) 542 sintetiza as principais preocupações da EU em relação ao decréscimo dos orçamentos de defesa na Europa, estabelecendo ações estratégicas a fim de fortalecer a BID europeia, tendo como grande concorrente a ser vencida a BID norte-americana, na concorrência dos mercados internos europeus, bem como dos mercados emergentes, como, por exemplo, o do Brasil.

Os impactos da não efetivação da política comum de defesa na EU estão analisados detalhamente no documento denominado “*The Cost of Non-Europe in Common Security and Defence Policy*”, elaborado pelo *European Parliamentary Research Service*.[50]

Não obstante a possibilidade da participação da BID europeia no mercado brasileiro de defesa, o recíproco se torna inviável atualmente, na medida em que a política normativa nacional em relação à BID brasileira é extremamente discriminatória, em favor das empresas nacionais e com a exigência de compensação tecnológica nas aquisições de produtos de defesa importados, o que é categoricamente rejeitado pelos países desenvolvidos.

3 Modelos contratuais em aquisições de defesa no direito estrangeiro

Assim como previsto no capítulo dezesseis da *Federal Acquisition Regulation* (*FAR*), plano normativo de contratações públicas dos EUA, uma ampla seleção de tipos de contrato deve estar disponível

[47] UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico E Social Europeu e ao Comitê das Regiões: para um setor da defesa e da segurança mais competitivo e eficiente (COM(2013) 279 final). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2013)0542_/com_com(2013)05 42_pt.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

[48] UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico E Social Europeu e ao Comitê das Regiões: para um setor da defesa e da segurança mais competitivo e eficiente (COM(2013) 279 final). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2013)0542_/com_com(2013)05 42_pt.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

[49] UNIÃO EUROPEIA. Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: um novo pacto para a defesa EUROPEIA (COM(2014) 387 final). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0387&from=EN>.Acesso em: 20 ago. 2015.

[50] PARLAMENTO EUROPEU. European Parliamentary Research Service. *The Cost of Non-Europe in Common Security and Defence Policy.* Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494466/IPOL-JOIN_ET(2013)494466_EN.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

para o Governo e fornecedores, a fim de proporcionar a flexibilidade necessária em adquirir a grande variedade e volume de fornecimentos e serviços exigidos por diversos mercados específicos, bem como por especificidades dos órgãos contratantes.

Os modelos contratuais públicos variam de acordo com o grau e o momento da responsabilidade assumida pelo contratado, servindo de base para a formação do preço e o cálculo dos custos de desempenho. Da mesma forma, a quantidade e a natureza de incentivos de lucro oferecidos ao contratante permitem alcançar ou exceder os padrões ou metas especificadas.[51]

Em especial, nas contratações públicas de defesa, a necessidade de contratos flexíveis cresce de relevância, na medida em que estão inseridos em mercados economicamente imperfeitos (monopsônicos, monopolistas e oligárquicos), são de alto risco em razão da incerteza tecnológica, pela incipiência de dados iniciais para o início do desenvolvimento de produtos (requisitos de desempenho, orçamentação, etc.), que geralmente não estão disponíveis no mercado (*commercial off-the-shelf*) e por terem longa vigência, podendo um ciclo de contratação durar em torno de cinquenta anos, dependendo do produto ou do sistema desenvolvido.

Basicamente, no direito estrangeiro, os contratos de defesa são agrupados em duas grandes categorias, denominadas de: i) *fixed-price* (preço fixo) e ii) *cost reimbursement* (reembolso de custos) ou *cost-plus contracts*, que podem reunir diversas variações da modelagem contratual. Entre os dois extremos, estão os vários contratos de incentivo, em que a responsabilidade do contratante é adaptada para as incertezas envolvidas na execução do contrato, quando os custos de desempenho e os incentivos de lucro ou taxa oferecidos são imprevisíveis.[52]

A seleção pela modelagem contratual é predominantemente determinada pelo grau de risco envolvido ao longo do ciclo da contratação, na medida em que na fase de concepção do projeto de desenvolvimento do produto, muitas soluções tecnicamente planejadas ainda não foram testadas. Outros fatores que pode determinar o tipo de contrato no setor de defesa é a incerteza do cenário econômico, com a possibilidade de crises e variações cambiais, e a possibilidade de incidentes diplomáticos e da política externa, que podem ter por consequência a imposição de embargos a estados infratores das regras do Direito Internacional.[53]

3.1 Contratos do tipo *fixed-price*

Os contratos *fixed-price* preveem um preço firme ou, em certos casos, um preço ajustável, que inclui o estabelecimento de um preço máximo, o preço-alvo (incluindo o custo-alvo), ou ambos. Salvo disposição em contrário no contrato, o preço máximo ou preço-alvo está sujeito a ajustes apenas por força de cláusulas contratuais que condicionam o ajuste equitativo ou outra revisão do preço do contrato, em circunstâncias indicadas.[54]

Nesse modelo, o Estado transfere ao contratante o máximo de risco e a total responsabilidade na composição de preços, com os custos, lucros ou possíveis perdas resultantes. Ao mesmo tempo, fornece o máximo de incentivo para que o contratante controle os custos, executando o contrato de forma eficaz, assim como impõe uma carga administrativa e gerencial mínima para as partes contratantes.

Os contratos de preço fixo são indicados para aquisição de produtos e serviços menos complexos, com base em especificações bem definidas, na qual se pode estabelecer desde o início, o razoável e justo valor da contratação, conforme as seguintes condições presentes:[55]

i) existência de concorrência de preços adequada;
ii) há comparações de preços razoáveis com compras anteriores dos mesmos produtos ou similares fornecimentos de serviços efetuados em regime de concorrência ou apoiados por pesquisas de mercado válidas;
iii) o custo ou informações disponíveis sobre a composição de preços permite estimativas realistas dos custos prováveis do projeto; ou
iv) na existência de incertezas do desenvolvimento do projeto, essas podem ser identificadas e razoavelmente estimadas, com o conhecimento prévio de possíveis impactos nos custos, tendo o contratante a disposição de aceitar um preço fixo ofertado pela empresa, que representa a assunção dos riscos envolvidos.

Por sua vez, a categoria dos contratos de preço fixo engloba as seguintes espécies de contratos:[56]

[51] EUA. *Federal Acquisition Regulation* (*FAR*). Cap. 16. Disponível em: <http://www.acquisition.gov/far/html/FARTOCP16.html>. Acesso em: 20 ago. 2015.

[52] Przemieniecki, J.S. *Acquisition of defense systems*. Washington: AIAA education series, 1993. p. 161.

[53] ELEMENDORF, Terrence. A critique of the US Defense Acquisition Process. *In*: BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). *Defence acquisition*: international best practices. Nova Déli: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013. p. 113

[54] HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge, USA: Cambridge University Press, 1995. p. 118.

[55] EUA. *Federal Acquisition Regulation* (*FAR*). *Fixed-price contracts*. Disponível em: <http://www.acquisition.gov/far/html/Subpart%2016_2.html#wp1091107>. Acesso em: 20 ago. 2015.

[56] SORENSON, David S. *The process and politics of defense acquisition:* a reference handbook. Connecticut: Praeger Security International, 2009. p. 52.

i) contratos de preço fixo com ajuste econômico de preço (*fixed-price contracts with economic price adjustment*): nesse modelo é prevista a revisão para cima ou para baixo do valor do contrato, quando da ocorrência de contingências econômicas especificadas;
ii) contratos de incentivo de preço fixo (*fixed-price incentive contracts*): há a previsão do ajustamento do lucro e estabelecimento do preço final do contrato, por uma fórmula baseada na relação do custo total negociado final para custo-alvo total;
iii) contratos de preço fixo com potencial de nova determinação de preços (*fixed-price contracts with prospective price redetermination*: prevê a possibilidade de estabelecimento de um preço fixo por um período inicial de entregas do contrato ou cumprimento de tarefas e um novo valor de contraprestação, em um momento ou prazo futuro durante a execução;
iv) contratos de teto de preço fixo com efeitos retroativos a nova determinação de preço (*fixed-ceiling-price contracts with retroactive price redetermination*): há a disposição de um preço máximo fixado e uma nova composição de preço retroativo, dentro do limite máximo, após a conclusão do contrato; e
v) contratos de preço fixo, com termos contratuais de nível de esforço (*firm-fixed-price, level-of-effort term contracts*): o contrato dispõe que o contratado dispenda um nível específico de esforço, durante um período de tempo determinado, em um trabalho que pode ser indicado apenas em termos gerais e o governo fica obrigado a pagar ao contratado um valor fixo em dólar.[57]

3.2 Contratos do tipo *cost reimbursement* ou *cost-plus*

O contrato do tipo *cost reimbursement* (reembolso de custos) ou *cost-plus contracts* (custo acrescido) é aquele em que é previsto o pagamento dos custos ou das despesas admissíveis, previamente estipulados no contrato, sendo o *plus* um pagamento adicional que permite que o contratado realize o lucro. Da mesma forma, é disposta uma estimativa do custo total do contrato, a fim de se realizar a respectiva reserva orçamentária, e um limite máximo ao qual o contratado não pode exceder (exceto por seu próprio risco) sem a aprovação do contratante. O contrato analisado somente pode ser usado quando se configura um cenário de incertezas na sua execução, que decorre na impossibilidade de se precisar o valor a ser contratado e da utilização dos contratos de preço fixo.[58]

Além da imprevisibilidade dos custos de execução do contrato, outros requisitos são necessários para a adoção do contrato de custo acrescido, sendo proibida a utilização do modelo contratual para aquisição de itens comerciais disponíveis no mercado. Os requisitos adicionais são:[59]

i) existência de sistema de contabilidade do contratado que garanta a determinação dos custos aplicáveis ao contrato; e
ii) exigência de acompanhamento contratual pelo governo, de forma apropriada durante a execução, por meio de métodos de controle de custos eficientes e eficazes.

Da mesma forma que os contratos de preço fixo, os contratos de reembolso de custo possuem uma série de espécies previstas no FAR, conforme se segue:

i) contrato de custo (*cost contract*): é um contrato de reembolso em que o contratante não recebe nenhuma taxa, podendo ser apropriado para o trabalho de pesquisa e desenvolvimento, particularmente com instituições de ensino sem fins lucrativos ou outras organizações sem fins lucrativos.
ii) contrato de partilha de custos (*cost sharing*): é um contrato de reembolso em que o contratante não recebe nenhuma taxa e é reembolsado somente para parcelas acordadas de seus custos permissíveis, podendo ser utilizado quando o contratante se compromete a absorver uma parte dos custos, na expectativa de benefícios compensadores substanciais futuros;
iii) contratos de custo mais taxa de incentivo (*cost-plus incentive fee*): é um contrato de reembolso que prevê uma taxa inicialmente negociada para ser ajustado mais tarde por uma fórmula baseada na relação do total de custos elegíveis aos custos totais alvo;
iv) contrato de custo mais taxa de prêmio (*cost-plus award fee*): é um contrato de reembolso que prevê uma taxa composta de (a) um montante de base (que pode ser zero) fixado no início do contrato e (b) uma quantidade prêmio, com base em uma avaliação de julgamento por parte do governo, suficiente

[57] EUA. *Federal Acquisition Regulation* (*FAR*). *Fixed-price contracts.* Disponível em: <http://www.acquisition.gov/far/html/Subpart%2016_2.html#wp1091107>. Acesso em: 30 ago. 2015.

[58] EUA. *Federal Acquisition Regulation* (*FAR*). *Fixed-price contracts.* Disponível em: <http://www.acquisition.gov/far/html/Subpart%2016_2.html#wp1091107>. Acesso em: 30 ago. 2015.

[59] EUA. *Federal Acquisition Regulation* (*FAR*). *Fixed-price contracts.* Disponível em: <http://www.acquisition.gov/far/html/Subpart%2016_2.html#wp1091107>. Acesso em: 30 ago. 2015.

para fornecer a motivação ao contratado para a busca da excelência na execução do contrato; e

v) contrato de custo mais taxa fixa (*cost-plus fixed fee*), conforme explicação a seguir.[60]

Dentre as espécies de contratos de reembolso de custo, o contrato de custo mais taxa fixa (*cost-plus fixed fee*) merece análise mais detalhada, em razão de que esse tipo contratual é utilizado nas situações de risco de nível mais elevado. O contrato sob análise pode ser definido como um contrato no qual é previsto o pagamento ao contratado de uma taxa negociada que é fixada no início do contrato.

A taxa fixa não varia com o custo real, podendo ser modificada como resultado de mudanças no trabalho a realizar, no âmbito do contrato. Esse modelo contratual é indicado para situações em que a contratação exija esforços que representem um risco muito grande para os contratados, oferecendo em contrapartida a recomposição dos seus custos mais uma taxa garantida pelos trabalhos desenvolvidos.[61]

A aplicação do *cost-plus fixed fee* é indicada para objetos como a realização de pesquisas, exploração ou estudo preliminar, no qual o esforço a ser despendido é desconhecido, e para o desenvolvimento e validação de protótipos. Em contrapartida, não deve ser utilizada no desenvolvimento de grandes sistemas, uma vez que a exploração preliminar e estudos de redução de riscos possibilitam a indicação de que o desenvolvimento é possível e permitem ao governo estabelecer critérios de desempenho razoavelmente precisos e cronogramas de execução.

Concluindo, a escolha do tipo do contrato a ser firmado (preço fixo ou custo reembolsável) nas aquisições de defesa identifica duas questões em relação à política de contratação selecionada, que são:

i) como os riscos da contratação devem ser distribuídos entre o estado e o contratado?; e

ii) quais são os impactos dos arranjos contratuais no comportamento e eficiência do contratado, a fim de se atingir os objetivos determinados no contrato?

Como indicativo de respostas, a prática demonstra que os contratos de reembolso de custos são verdadeiros "cheques em branco", nos quais os contratados se comportam de forma ineficiente, há o acúmulo de trabalho e a escalada de custos, e os produtos finais são denominados de "*gold-plating*" (folheados a ouro), em razão da qualidade duvidosa.[62]

Logo, estabelecem-se as preferências na medida em que os *contratados* usualmente preferem os contratos de reembolso de custo porque resultam em lucros, mas não resultam em redução de custos dos projetos pagos pelo governo. Em sentido contrário, o *governo* prefere algum dos modelos de contrato de preço fixo porque permite um orçamento mais previsível e serve como instrumento para o contratado reduzir os custos e cumprir os cronogramas de entrega dos produtos e sistemas.[63] Assim, não são raras as discussões comparativas sobre as vantagens e desvantagens dos modelos contratuais, bem como das renegociações posteriores em cada caso.[64]

4 Considerações finais

Com a publicação da Política e da Estratégia Nacional de Defesa em 2013, o desafio para os doutrinadores e legisladores que se dedicam ao estudo das contratações públicas no Brasil é analisar o plano normativo contemporâneo e auxiliar na construção de um novo regime jurídico, regulatório e tributário especial de contratos no setor de defesa nacional, que busque o fortalecimento da Base Industrial de Defesa (BID) e proteja as empresas nacionais do segmento contra os riscos do imediatismo mercantil, numa economia com dinâmica própria e com tantas condicionantes.

Diante da reduzida produção acadêmica e jurisprudencial no tema, o direito estrangeiro destaca-se como uma ferramenta capaz de contribuir na elaboração de uma doutrina nacional genuína. Obviamente, os países que dedicam maior atenção ao poder militar na formulação de sua política externa, quer seja pela característica intervencionista, quer seja por ameaças permanentes à soberania, possuem planos normativos de contratações de defesa mais bem elaborados, em razão de acertos e erros ao longo da história.

---

60 SORENSON, David S. *The process and politics of defense acquisition:* a reference handbook. Connecticut: Praeger Security International, 2009, p. 52.

61 EUA. *Federal Acquisition Regulation* (*FAR*). *Fixed-price contracts.* Disponível em: <http://www.acquisition.gov/far/html/Subpart%2016_2.html#wp1091107>. Acesso em: 20 ago. 2015.

62 HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense.* Cambridge, USA: Cambridge University Press, 1995. p. 118.

63 SORENSON, David S. *The process and politics of defense acquisition: a reference handbook.* Connecticut: Praeger Security International, 2009. p. 53.

64 BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. *Incentives versus transaction costs:* a theory of procurement contracts. RAND Journal of Economics, vol. 32, nº 3, Autumn 2001. p. 387-407. Os autores traçam um comparativo entre os dois tipos de contrato, sob o confronto de uma política de incentivos e a redução de renegociações contratuais posteriores. Vide também WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of defense contracting*: incentives and performance. Pensylvânia: National Bureau of economic Research, 1967, pp. 217-278. Disponível em: <www.nber.org/chapters/c5165>. Acesso em: 20 ago. 2015. TIROLE, Jean. Procurement and renegotiation. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology (MIT), december 1984, nº 362. p. 1-39. Disponível em: < https://archive.org/details/procurementreneg00tiro >. Acesso em: 30 ago. 2015.

Considerada a maior potência militar mundial, os Estados Unidos da América possuem um regime amplo e complexo de normas jurídicas no campo das aquisições de defesa. Um conjunto de regras regulam as transações internacionais da indústria militar, bem como os processos de contratações internas sob responsabilidade do Departamento de Defesa norte americano. Das modalidades competitivas, o *negotiated procurement* é a mais utilizada, em razão de proporcionar ferramentas de negociação que levam em consideração as características intrínsecas das aquisições de defesa.

Em relação aos pequenos países, aqueles considerados com menor poder militar, mas com uma base industrial avançada e gastos expressivos no setor de defesa, afirma-se que a dinâmica de contratação pública se difere das grandes potências, em virtude de uma série de características que impõe a decisão estratégica em produzir em território nacional ou adquirir no exterior, assim como o orçamento a ser destinado à defesa. Definida a estratégia ser adotada, o *national defense procurement legal framework* é estabelecido.

Em substituição ou complementação à Base Industrial de Defesa nacional, surge a possibilidade estratégica de composição de *complexos industrias militares*, em busca da redução de custos, da economia de escala e do compartilhamento de tecnologias avançadas. Nessa toada, e em razão de uma política externa e de segurança comum, a União Europeia editou a Diretiva 2009/81/CE em 2009, inaugurando um regime especial de contratação de defesa e segurança, com a finalidade de criar um mercado interno europeu e uma BID comunitária.

Um amplo conjunto de modelos contratuais aplicáveis às aquisições de produtos e sistemas de defesa no direito estrangeiro foi exposto, com ênfase no capítulo 16 da *Federal Acquisition Regulation* (FAR), plano normativo de contratação publica norte americano. Duas grandes categorias foram analisadas: os contratos tipo *fixed-price* e os *cost-plus*. Em razão da complexidade da administração e distribuição dos riscos inerentes aos contratos de defesa, bem como as incertezas dos cenários econômicos e políticos, os modelos a serem adotados levam em consideração um conjunto de variáveis relacionadas às referidas condicionantes.

Como dito no presente trabalho, ainda não se encontrou o modelo ideal, mas há a sinalização de boas práticas ao redor do mundo, como demonstrado na apresentação de diversas políticas de contratações estrangeiras e de modelos contratuais existentes nesse mercado estratégico. No Brasil, o que se pode deduzir é que no futuro, assim como ocorreu com a Lei nº 8.666/93, haverá diversas alterações legislativas a fim de adequar o plano normativo contratual, em razão da sua ineficácia.

Por fim, diante da amplitude da modelagem contratual nas legislações alienígenas, pode se verificar que os modelos contratuais previstos no plano normativo atual brasileiro não são adequados às características do mercado de defesa, podendo ser fator restritivo à consecução de objetivos e diretrizes estabelecidas na Política e Estratégia Nacional de Defesa, necessitando da alteração legislativa no sentido de instituição de novos modelos contratuais mais flexíveis e adequados às características da economia de defesa.

Products and systems of interest in national defense: public procurement in foreign law

Abstract: The topic of national defense and public procurements has been the object of Brazilian academic studies on a greater scale due to the publication of the National Defense Policy and Strategy in 2013, which in its essence establishes the strengthening of the Brazilian Defense Industrial Base (DIB) through acquisitions in the sector. Despite such awakened interest, the production of articles and doctrinal work regarding procurement in the defense sector, from the legal perspective, is still scarce. Thus, one of the only ways to construct a national legal thought on the topic is still by consulting international literature and legislation. The present article aims to present the contemporary normative plan for public procurement in foreign countries of products and systems of interest to national defense, based on the legislation and doctrines of countries that play an expressive role in the global scenario and also of those considered small in terms of their DIB. To this end, the paper conducts an analysis of legislative policies in the United States, Canada, Israel and Australia. Next, we explore European Union procurement strategies that opt for establishing national defense industrial complexes as an alternative to the DIB-development strategy in Brazil. Last, we present the several different existing contractual models in foreign law, which help mitigate the risks involved in such complex and *sui generis* contracts. This article is of great current relevance, presenting an original approach to the topic in Brazilian legal doctrine.

Keywords: Public Procurement. National Defense. National Defense Products and Systems. Foreign Law. Defense Sector Contractual Models.

Referências

BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. *Incentives versus transaction costs*: a theory of procurement contracts. RAND Journal of Economics, vol. 32, nº 3, Autumn 2001. p. 387-407, p. 217-278. Disponível em: <www.nber.org/chapters/c5165>. Acesso em: 20 ago. 2015.

BERKOK, Ugurhan. Canada: defence procurement. *In*: *Defence procurement and industry policy*: a small country perspective.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. *Armed Services Procurement Act*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/topn/armed_services_procurement_act_of_1947>. Acesso em: 30 ago. 2015.

ELEMENDORF, Terrence. A critique of the US Defense Acquisition Process. *In*: BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). *Defence acquisition*: international best practices. Nova Déli: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Defesa. *DoD Directive 5000.01 e DoD Instruction 5000.02*.

__________. *Federal Acquisition Regulation (FAR)*. Disponível em: <http://www.acquisition.gov/far/html/FARTOCP16.html>. Acesso em: 20 ago. 2015.

__________. House of Representative. *Department of Defence Appropriations Act*. Disponível em: <https://rules.house.gov/bill/113/hr-4870>. Acesso em: 30 ago. 2015.

GAUVIN, Dionis M.; RECTOR, Richard P. Best practices in U.S. Defence Procurement. *In*: BEHERA, Laxman Kumar e KAUSHAL, Vinay (orgs). *Defence acquisition*: international best practices. Nova Déli: Pentagon Press, Institute for Defence Studies and Analyses, 2013.

HARTLEY, Keith & SANDLER, Todd. *The Economics of Defense*. Cambridge, USA: Cambridge University Press, 1995. p. 118.

KAGAN, Kobi; SETTER, Oren; SHEFI, Yoad; e TISHLER, Asher. Israel: procurement and industry. *In*: *Defence procurement and industry policy*: a small country perspective.

KAUSAL, Tony; e MARRKOWSKI, Stefan. *A comparison of the defense acquisition systems of Austrália, Japan, South Korea, Singapore and The United States*. Virginia: Defense systems management college press, 2000.

KAUSAL, Tony; HUMILY, Gertrud; ROLLER, Peter; e TAYLOR; Trevor. *A comparison of the defense acquisition systems of France, United Kingdom, Germany and The United States*. Virginia: Defense systems management college press, 1999.

MARKOWSKI, Stefan; HALL, Peter; WYLIE, Robert. Introduction, *In: Defence procurement and industry policy*: a small country perspective.

PARLAMENTO EUROPEU. *Directorate-General For External Policies of The Union. Policy Department External Policies. The cost of non-Europe in the area of security and defence*. 2006, p. 23. Disponível em: <https://infoeuropa.eurocid.pt/files/database/000042001-000043000/000042492.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

PARLAMENTO EUROPEU. *European Parliamentary Research Service. The Cost of Non-Europe in Common Security and Defence Policy*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494466/IPOL-JOIN_ET(2013)494466_EN.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

PARLAMENTO EUROPEU. *Maping the Cost of Non-Europe*, 2014 -2019. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/563350/IPOLEAVA_ET(2014)563350_EN.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2015.

PLAMONDON, Aaron. *The politics of procurement*: military acquisition in Canada and the Sea King helicopter. Vancouver: UBC press, 2010.

PRZEMIENIECKI, J.S. *Acquisition of defense systems*. Washington: AIAA education series, 1993.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *A contratação pública como instrumento de política econômica*. Lisboa: Almedina, 2013.

SILVA FILHO, E. B.; MORAES, R. F. Dos dividendos da paz à guerra contra o terror: gastos mundiais nas duas décadas após o fim da Guerra Fria - 1991-2009 *In*: SILVA FILHO, E. B.; MORAES, R. F. (Org.). *Defesa Nacional para o Século XXI*: política internacional, estratégia e tecnologia militar. Brasília: Ipea, 2012.

SMITH, Ron. *Military Economics*: the interaction of power and money. Palgrave macmillan, Londres.

SORENSON, David S. *The process and politics of defense acquisition*: a reference handbook. Connecticut: Praeger Security International, 2009.

TIROLE, Jean. *Procurement and renegotiation*. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology (MIT), december 1984, nº 362, pp. 1-39. Disponível em: <https://archive.org/details/procurementreneg00tiro>. Acesso em: 30 ago. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões*: um novo pacto para a defesa europeia (COM(2014) 387 final). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0387&from=EN>. Acesso em: 20 ago. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões (COM(2007) 764 final)*: Uma estratégia para uma indústria da defesa europeia mais forte e mais competitiva. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0764&from=PT>. Acesso em: 20 ago 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico E Social Europeu e ao Comitê das Regiões*: para um setor da defesa e da segurança mais competitivo e eficiente (COM(2013) 279 final). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2013)0542_/com_com(2013)0542_pt.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2009/81/CE*. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0081&from=PT>. Acesso em: 20 ago. 2015.

UNIÃO EUROPÉIA. *Política Comum de Segurança e Defesa (PCSD)*. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/european_security_defence_policy_pt.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Política de segurança e de defesa comum*. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0026_pt.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economics of defense contracting*: incentives and performance. Pensylvânia: National Bureau of economic Research, 1967

WRIGHT, Elisabeth. *Comparative assessment project*: defense acquisition-resource management systems. Monterey: U.S. Naval Postgraduate School, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NASCIMENTO, André Jansen do. Produtos e sistemas de interesse da defesa nacional: A contratação pública no direito estrangeiro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 167, p. 9-22, nov. 2015.